

Diario Laboral Nro 38- 30-07-2015

El despido de la trabajadora embarazada o madre en período de prueba Por Eugenia Patricia Khedayán¹

1. Introducción

La Ley de Contrato de Trabajo establece como herramienta de protección a la maternidad y la familia la presunción *iuris tantum* de que el despido de la mujer trabajadora obedece a razones de maternidad o embarazo cuando fuese dispuesto dentro del plazo de siete y medio meses anteriores o posteriores a la fecha del parto, la cual, a su vez, le otorga el derecho a la indemnización agravada prevista en el artículo 182 de dicha ley. Ello siempre que la mujer haya notificado y acreditado en forma el hecho del embarazo. El cumplimiento de la notificación del embarazo ha sido motivo de diversos pronunciamientos judiciales en los que se debate la cuestión de hecho de la efectiva toma de conocimiento por parte del empleador del estado de gravidez previo a la decisión de despedir sin justa causa².

Pero la máxima tensión entre los derechos de la trabajadora y las facultades del empleador ocurre cuando el despido se ha dispuesto dentro del período de prueba, en tanto la LCT autoriza al empresario a despedir sin expresión de causa sin que ello lo obligue a abonar indemnización alguna.

El conflicto se presenta ante las siguientes posturas antagónicas: 1) el artículo 92 bis LCT no ha establecido en forma expresa que dicha facultad cede en las situaciones previstas por el artículo 178 LCT, por lo que no cabría limitarla en su extensión. El pleno ejercicio de dicha facultad implicaría en la práctica que la trabajadora embarazada/madre no tendría derecho a probar que ha sido discriminada pues el juez no podría adentrarse en el análisis de la causa de despido (lo que genera el peligro de que el empleador durante esos tres meses pueda cometer despidos discriminatorios sin que sea ello investigable), y 2) la tutela prevista en el artículo 178 LCT debe operar durante toda la relación laboral, por lo que la facultad de despedir durante el período de prueba quedaría eliminada a partir de que la trabajadora notifica su embarazo.

Tal es así que continúa siendo objeto de controversia cómo lograr una adecuada armonización entre la protección a la maternidad y la defensa de la facultad de despedir sin expresión de causa y sin la obligación de abonar indemnización con motivo de la extinción operada durante el período de prueba.

2. Cómo conjugar el derecho y la facultad involucrados

El artículo 178 LCT establece una presunción *iuris tantum*, lo que implica que el empleador tiene la posibilidad de probar que el despido no fue causado por la maternidad.

Deberán utilizarse en estos casos las pautas de carga de la prueba de la discriminación laboral, en tanto esta norma es una regulación especial de la protección del derecho a la no discriminación de la mujer³. Si bien en general se requiere a la trabajadora aportar indicios discriminatorios, algunos magistrados han señalado que la cercanía temporal entre la notificación del embarazo y el despido, genera "per se" la sospecha de que el distracto obedece al embarazo⁴.

La mayoría de la jurisprudencia actual considera que incluso durante el período de prueba, corresponde al juez indagar en la causa del despido y a aplicar la indemnización agravada del artículo 178 LCT siempre que la trabajadora haya notificado su estado de gravidez durante el período de prueba y que el empleador no haya probado una causa distinta no discriminatoria. De tal manera los magistrados han otorgado prioridad al derecho a la no discriminación tutelado de manera específica en el artículo 178 LCT con respecto a la facultad

¹ Master en Derecho Empresario en la Universidad Austral. Eugeniakhedayan@hotmail.com.

² En algunos casos la CNAT ha señalado que a fines de considerar que el empleador conoce el estado de gravidez no es necesaria la notificación por escrito para que sea fehaciente (CNAT, Sala VII, "Bello Verónica A. c/ El Viejo Galpón S.R.L. y otro", 26/8/2003). Así basta que el estado de gravidez sea tan notorio que pueda reconocerse a simple vista (CNCCom, C, 2007, "Cassano") o si los otros empleados conozcan que estaba embarazada.

³ Me remito al artículo de mi autoría "La carga probatoria de la discriminación laboral", DPI Cuántico, Diario Laboral Nro 11 - 11-12-2014. Así por ejemplo la CNAT entendió que era discriminatorio el despido de una trabajadora embarazada en tanto en su telegrama de desvinculación el empleador "no pudo precisar en qué hubiera consistido el incumplimiento de la actora respecto a su desempeño en sus tareas" (CNAT, sala VII, Chulze, Yanina Vanesa c. Martínez de Alzaga S.A. s/ despido, 30/08/2013, DJ 05/03/2014, 74).

⁴ CNAT, sala IV, 2011, "M.B.N c/ De la Vega".

prevista en el artículo 92 bis, la cual debe ceder ante estas circunstancias. Ello por cuanto el derecho a la no discriminación es de jerarquía constitucional e internacional y perteneciente al iuscogens, en tanto la facultad prevista en el artículo 92 bis es de jerarquía legal y por lo tanto inferior a aquel⁵. El período de prueba tiene por finalidad permitir al empleador apreciar las aptitudes que posee el trabajador para cumplir el puesto de trabajo, y al dependiente, experimentar si el empleo le resulta de su conveniencia⁶. Dicha finalidad tutela valores inferiores al derecho a la no discriminación y a la protección de la familia y del niño.

Basta que la trabajadora comunique su embarazo a su empleadora y que tal noticia llegue a la esfera de conocimiento de la demandada para que se active la estabilidad en el empleo que la Ley Laboral reconoce a la trabajadora embarazada. Si la presunción legal (*iuris tantum*) no ha logrado ser refutada pues no hay prueba idónea alguna de que decidió despedir a la trabajadora por una causa no discriminatoria, es una circunstancia que hace nacer un fuerte indicio de que el despido obedeció a esa causa⁷.

Además de lo previsto en el artículo 178 LCT, el despido por motivo de embarazo encuentra tutela en la ley 26.485 y en el artículo 1 de la ley 23.592, que protegen frente a los actos discriminatorios entendidos como cualquier menoscabo de los derechos de las personas. En este caso, además del derecho a trabajar, se ven afectados los derechos a poseer una obra social y al otorgamiento de las correspondientes licencias⁸.

3. Conclusión

Cuando la trabajadora es despedida dentro del período de protección del artículo 178 LCT y se encontrare en período de prueba, prevalece la norma del artículo 178 LCT por encima del artículo 92 bis y se procederá a la indagación de la causa del despido y a abonar la indemnización agravada si corresponde.

Si el empleador no logra destruir la presunción *iuris tantum* los indicios discriminatorios mediante la prueba de una causa no discriminatoria, la trabajadora contaría con las siguientes posibilidades: 1) solicitar la reincorporación (con fundamento en el artículo 17 LCT y en la ley 23.592⁹, al igual que cualquier otro trabajador discriminado), y que se le abonen los salarios caídos (desde el despido hasta la reincorporación) y el daño moral (conforme las leyes 23.592 y artículo 35 de la ley 26.485). 2) Si no pidiera la reincorporación, tendría derecho a la indemnización del artículo 182 LCT y al reclamo del daño moral con fundamento en las leyes 23.592 y 26.485¹⁰.

Lo expuesto no implica desconocer lo regulado en el artículo 92 bis LCT sino otorgarle su justo alcance: esta norma exime al empleador de abonar las indemnizaciones que tienen en cuenta el derecho a la estabilidad pero no lo libera del resarcimiento de los daños causados por un acto discriminatorio¹¹.

5La tutela antidiscriminatoria de la mujer embarazada es una garantía de rango constitucional prevista en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. VII), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, el Convenio O.I.T. nro. 3 sobre protección de la maternidad (rat. Ley 11.726), Convenio nro. 111 sobre Discriminación (rat. Ley 17.611), arts. 1, 2 y 17 "Convención Americana de Derechos Humanos". Ello además de la tutela legal en los artículos arts. 17, 81, 177, 178 y 182 L.C.T., v art. 1º Ley 23.592 y ley 26.485 (art. 6º) inc. c). Ver: CNAT, sala X, "Curia, Agustina Belén c. C.O.T.O. C.I.C.S.A. y otro s/ despido", 27/03/2015, La Ley Online, Cita online: AR/JUR/13043/2015.CNAT, sala IV, 2011, "M.B.N c/ De la Vega". Tribunal del Trabajo de Jujuy, sala I, "G. C. E. c. Video Drome S.A.", 28/08/2014, LLNOA 2015 (febrero), 101. Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala laboral, "L. J. M. v. Córdoba Gestiones v Contactos S.A.", 11/12/2013, LLC 2014 (marzo), 197. Cámara 4a del Trabajo de Mendoza, "Tapia, Romina Fabiana c. Emprendimientos Inmobiliarios Turísticos Polígono 7 S.A. p/despido", 28/12/2012, LLGranCuvo 2013 (julio), 667.

6CNAT, sala VII, Chulze, Yanina Vanesa c. Martínez de Alzaga S.A. s/ despido, 30/08/2013, DJ 05/03/2014, 74.

7CNAT, sala VII, Chulze, Yanina Vanesa c. Martínez de Alzaga S.A. s/ despido, 30/08/2013, DJ 05/03/2014, 74. En algunos casos de ha desestimado la indemnización del artículo 178 LCT pues el empleador probó que el despido fue a consecuencia del cierre del establecimiento y que se produjo en forma contemporánea con el de todo el personal (CNAT, Sala X, "Gatti, Mirna Lorena c. Remediar S.a. Y Otros s/ despido", 26/09/2014, La Ley Online, Cita online: AR/JUR/50157/2014).

8CNAT, Sala I, "Pastrana, Daiana Solange c. Comcell S.A. s/ Despido"; DJ 26/03/2014, 68.

9 CNAT, sala VII, L., E. M. c. Qalytel de Latinoamerica S.A. s/despido, 05/08/2011, IMP 2011-12, 219.

10CNAT, Sala I, "Pastrana, Daiana Solange c. Comcell S.A. s/ Despido"; DJ 26/03/2014, 68.

11CNAT, sala VIII, "Myler, Valeria Romina c. Organización Lógica S.R.L. s/despido", 30/05/2012, DJ 14/11/2012, 59.